Juan... 1. A 8 / 11 232



DISCVRSO

LEGAL DEL LICENCIA-
do don Iuan Morales, y Varnueuo,
Cauallero del Abito de Alcantara
del Consejo de su Magestad, y Fis-
cal del. Por el Consejo, y la jus-
ticia Ordinaria de su
Magestad.

EN COMPETENCIA.

CON EL CONSEIO DE LA SANTA, Y
General Inquisicion, y la jurisdicion Real
que exerce.

SOBRE

Auer desafiado don Gomez de Montaluo y Figueroa vezino de Granada, y Familiar que pretende ser del Santo Oficio a don Francisco Guillen del Aguila, Alcalde de los Hijosdalgo en la Real Chancilleria de Granada, y Cauallero de la Orden de Santiago.

1 LA l.20.q̃ en la nueua impreſsiõ es 18. tit.1.lib.4.Recop.es la deſta duda, y la q̃ la decide, como la que dà juriſdicion a los Inquiſidores para que en algunos caſos la tengan, y procedã cõtra perſonas ſeglares. Y ſiendo eſto aſsi eſtà tan mal entendida, y practicada, que porque en el ſumario della ſe dize la concordia, y ordẽ, ſe llama generalmente la concordia. Y huuo agente de la Inquiſicion, que quando en otro caſo comencè a hablar de ſu inteligencia ſe atreuiò a dezir q̃ era concordia, y contracto con demaſiada ignorancia de la doctrina de Bald.in l.qui ſe patris, num. 34. C. vndè liberi, Aluar. Valaſc. conſult.120.num.14. Pereg. de iur.fiſ.lib.1.tit.vlt.num.28.& 29.& alij, quos refert, & ſequitur D.Ioan.del Caſtillo, lib.5.controu. cap.89.num.101.que los Reyes ſiempre hazen merced, y lo es qualquiera conceſsion, aunque ſea por cauſa oneroſa, y con ignorancia del caſo de nueſtra ley, que en el ſumario ſe llamò concordia, y orden, y lo es reſpecto de los juezes para que eſcuſſando competencias, ſe conozca en que caſos pueden conocer, vnos, v otros, mas no reſpecto de ſu Mageſtad (Dios le guarde) a quien no ſe le dio, ni pudo dar, como lo preſupone el contracto, y interes, o recompenſa por eſta merced, que ſolo procedio de ſu mera liberalidad, y del ſanto, y Chriſtiano zelo con que quiſo autorizar el Tribunal de la Inquiſicion, ſin auer precedido otra cauſa extrinſeca. Y de no auer ſido entendida bien nueſtra ley, ſe han ſeguido tantos inconuenientes que me obligan a ſuplicar ſe preuengan, y remedie para otros caſos, ya q̃ en eſte no ſea neceſſario.

2 La fuente de la juriſdicion es ſu Mageſtad, §. ſed, quod Principi placuit, inſt. de iur.nat.l.1.tit.9.lib.3.l.1.& 2.& toto tit.1.lib.4.nouæ Recop.l.2.tit.1.p.

2.

2.vbi cum multis.Gregor.Lop.verbo justicia, è escarmiento, latissimè Couar.in pract.cap. 1. à num. 9.& Matienç.in l. 1.tit.10.lib.5.nouæ Recop. glos. 21.num.3.hablo de la temporal, y en sus Reynos, dõde nadie la puede exercer, si su Magestad no se la huuiera concedido, dict.l. 1.tit.9.lib.3.ibi: *No los puede poner otro, saluo los Emperadores, o Reyes*, c. 1. quæ sint Regalia in vsibus feud.&cũ multis Valẽç.Velaz.2.tomo, cons.200.n.30. Ni en su perjuyzio puede el Sumo Pontifice exemptar a ningun seglar, ni conceder jurisdicion sobre el, no siẽdo por los modos, y reglas estatuidas por derecho, en que los seglares dexan de serlo, y se hazen Eclesiasticos, vt adducens Innoc.& alios in cap.2.de maior.& obed.not.Gregor. Lop.in l.1.tit.7.p.1.glos.mag.prope finẽ, & cũ multis Menchac.de succes.creat.lib.3.§.30. part. 3.nu. 304.Carleual.de iudic.libr.1. tit. 1. disp. 2. quæst. 6. sess.3.num.426.&427.vbi adducit exemplum tex. in c.fin.de offi.Archid.sed nõ rectè, quia ille text. loquitur de exemptione iurisd. Ecclesiastici in fauorẽ alterius Ecclesiastici, vt alibi latius dicam (Quare ab interpretibus, licet communiter nõ benè allegatur) don Garcia Mastrillo decis.290.n.101. & à n. 115. vsque ad 125. Y esto lo dize bien claro el santo Concilio de Trento, sess.23.cap.6.que pone las calidades que han de tener los ordenados para gozar del fuero l.1.tit.4.lib.1.nouæ Recopil. junto con la instruccion q̃ està al fin del mismo tit.de cuius obseruatione testatur Flor.de Men.var.q.13.n.76.&77. ferè, & omnes Regnicolæ. Y en nuestro caso ay poco q̃ detenernos en esto, pues por la misma l.20.en el §.6.se cõcede expressamẽte la jurisdiciõ a los Inquisidores, y se dize que procedẽ cõ jurisdiciõ de su Magestad.

3 En esta ley aduertirè. Lo primero, q̃ esta merced y exempcion no la cõcediò su Magestad a los Inquisi dores,

dores, y Familiares en la forma q̃ al Cõsejo de Guerra sobre los soldados, y a otros fueros priuilegiados, sino al cõtrario, porq̃ a los Caualleros, a los soldados, y a otros entrò su Magestad cõcediendoles el priuilegio del fuero, y exempciõ absolutamẽte para sus personas, y causas, limitãdole despues en algunos delitos o causas particulares, con que se puede dezir propriamente, que estos priuilegiados dexaron de ser de todo punto de la jurisdicion ordinaria, y se hizieron de la particular priuilegiada: y que si despues la jurisdiciõ ordinaria quisiere proceder cõtra ellos, como en caso de los exceptuados tẽdra necessidad de mostrarlo, como quien procede contra hombres de agena jurisdicion, y entrarà la regla, y question de la l. 2. §. sed & si dubitetur, l. si quis ex aliena, ff. de iudit. l. 1. §. ait Prætor, ff. ne quid in flumine publico, l. 1. §. docere, ff. vi bonorum rap. & cum Bart. in l. multum ff. de condit. & demonstr. & in l. si finita, §. Iulian. ff. de damno infect. And. Gail tract. de pace publica, lib. 1. cap. 13. num. 12 & alijs don Francisco Salgado, de Regia protectione, 2. part. c. 10. n. 68. & 3. part. c. 11. numer. 53, Sesse, tomo 4. decis. 438. Narb. in dict. l. 20. glos. 19. num 4. & cum multis Carleual de iudic. lib. 1. quæst. 6. sect. 6. à num. 508. Mastrillo, decis. 156. num. 6. Barbos. in l. 1. ff. de iudic. 1. part. n. 150. Thusc. Farin. & alij multi. Los quales todos reconocen en virtud de los mismos textos, q̃ el juez que quiere sacar avn reo de agena jurisdicion, tiene necessidad de prouar la calidad en que se funda.

4 Pero en nuestro caso, como se conoce de la misma l. 20. no fue assi, porq̃ su Mag. no eximiò, ni exime absolutamẽte a los Familiares de la jurisdicion ordinaria, antes los dexa en ella expressamente para en las causas ciuiles, y las criminales exceptuadas, de q̃ voy hablando, como a los otros legos q̃ es lo mismo, que

que dezir, como si no fueran Familiares, y despues les concede priuilegio de exēpcion para los demas delitos, que fue limitado, y secundum quid: con que en las causas ciuiles, y criminales exceptuadas no procede la justicia ordinaria contra los Familiares, como contra hombres de agena jurisdicion, ni en virtud de priuilegio, sino en virtud de su misma jurisdicion ordinaria, que siempre le estuuo ilessa; y en que no prouandose lo contrario, tiene la presuncion, y fundamento por si, Mar. Cutel. post patrociniū pro Regia iurisdictione Inquisitoribus Siculis cōcessa, cōtrou. 11. n. 3. el señor Valēçuela Velazquez tom. 1. cons. 57. num. 8. Peregrin. tom. 1. cons. 3. nu. 35. Sesse de inhibition. cap. 5. §. 1. num. 17. Gama decis. 82. num. 2. Castillo decis. 156. tom. 2. Y en los demas delitos proceden los Inquisidores en virtud del priuilegio, y exēpcion concedida: con que caso que huuiera duda, que no la puede auer, ex defectu iurisdictionis, como luego dirè. Los Inquisidores, como quien quiere sacar a hombres de agena jurisdiciō, tenian obligacion de prouar la calidad, en que se fundā conforme a la misma decision de la ley 2. §. sed etsi dubitetur, con lo demas que queda dicho, num. 3 y que su prouança fuesse indubitable por la regla del texto in l. fin. in princ. ff. de eo quod met. caus.

5 Este pensamiento se haze euidente solo con leer la misma ley del Reyno, que en los tres §§. primeros habla del numero de los Familiares, y de las calidades que han de tener, sin hablar de ninguna suerte en materia de la jurisdicion. Y luego en el § 4. dispone, que en las causas ciuiles, quede la jurisdicion a las justicias seglares, como en las causas ciuiles de los otros legos, sin que los Inquisidores se puedan entrometer en ellas, ni tengan jurisdicion, patet ibi: *Los dichos Inquisidores no se entrometan a conocer*. Et ibi: *Y q̄*

los Inquisidores no tengan en las dichas causas ciuiles jurisdicion alguna sobre los dichos Familiares. Y luego cõsecutiuamente en el §.5. hablãdo de los casos exceptuados, dexa tambien la jurisdicion a los juezes seglares, como la tenian, y tienen en las causas criminales de los otros legos, vt patet ibi: *Sino que el conocimiento, y determinacion dellos quede a los juezes seglares, como en las causas criminales de los otros legos.* Y en este versiculo se deue ponderar la palabra, de que vsò *quede*, en latin, *maneat*, que es lo mismo que dezir, rẽ esse integrã, & illęssam, & in suo statu, & pristina causa durare, vt cũ alijs Ioan. Caluinus in lexicon, verb. manere, el 2. l. cùm post mortem 43. ibi: *Siue exacta sit dos, siue maneat*, ff. de administrat. & per. tut. in l. 1. §. qui habebat, ff. de bon. possess. contra tab. y assi dexò al Familiar en el mismo estado, q̃ si no lo fuera.

6 Y no contentandose la ley con estas palabras, aunque tan claras, excluye toda entrada de duda, quitando a los Inquisidores la jurisdicion, para conocer en los dichos delitos, vt patet ex principio §. ibi: *Que los dichos Inquisidores no tengan jurisdicion sobre los dichos Familiares, para conocer de los delitos, que de iuso se harà mencion.* Y del fin del §. ibi: *Porque en el conocimiento destos casos los dichos Inquisidores no se han de entremeter, ni tener jurisdicion sobre los dichos Familiares.* Y buelue la ley a repetir: *Sino que la jurisdicion en los dichos casos arriba exceptuados, quede en los dichos juezes seglares.* Y se deue notar en ambos §§. que en quanto a los Inquisidores vsò la ley de palabras negatiuas: *No se entrometan a conocer, no tengan jurisdiciõ*, que importan necessidad precisa, y priuan a los juezes de toda potestad, l. nemo potest, ff. de legat. 1. l. nõ potest, ff. de furt. glos, ordin. in cap. 1. verb. nõ potest, de regul. iur. in 6. notant Bart. & Bald. in l. Gallus, in princ. ff. de liber. & posth. idem Bald. in l. 1. C. qui admitti,

mitti, & in l. quæstionem, C. de fideicõmis. vbi: *Quòd actus factus contra dictam prohibitionẽ, est irritus,* Ant. de Butr. in cap. præterea, de dilation. vbi: *Quòd si statutum impediat iudici exercitium suæ iurisdictionis, & ipse pronuntiet se iudicem, erit nulla pronũtiatio*, sequitur Alex. consf. 77. lib. 3, nu. 2. & 3. y todos hablan en juezes ordinarios, que tienen jurisdicion absoluta, pero limitada en algun caso. Despues nuestra ley en el § 6. concede a los Inquisidores la jurisdicion sobre los Familiares en los demas casos criminales, pero con tanto cuydado, que boluio a dezir: *Que no son de los dichos delitos, y casos arriba exceptuados*, con que manifestò su enixa voluntad, de que en ningun caso tengã jurisdicion, ni procedan los Inquisidores en los dichos casos, l. ballista, ff. ad Trebel, vbi glos. cum vulg. De forma que en esta ley lo primero se declarò auerse de quedar la jurisdiciõ ordinaria para las causas ciuiles, y casos expressados contra los Familiares en el mismo estado que sino lo fuessen, y despues por priuilegio se concedio a los Inquisidores jurisdicion limitada para las demas causas criminales, y con prohibiciõ de entrometerse, y conocer de los delitos exceptuados, con que en quanto a ellos los Inquisidores en ningun caso se pueden llamar juezes, y se deuen juzgar personas particulares, como las demas del pueblo.

7 Con boluer a representar (que como està dicho) consta por la ley, los Inquisidores no tienen jurisdicion alguna, ni pueden proceder de ninguna suerte. En los delitos exceptuados se conocera con euidencia, quan sin fundamento es su pretension, y la de sus ministros, que inhiben al juez seglar del conocimiẽto destas causas contra vn familiar, si en el processo no està prouado plena, o por lo menos, semiplenamente, que el Familiar cometio el delito, de que es

acu-

acusado, y reconozco, que en algunos casos han obtenido los Inquisidores remission por descuydo de los ministros seglares, y no auer defendido su jurisdicion, ni auerse entẽdido la ley, y deseo hazer demõstracion de la justificacion desta causa, y jurisdiciõ del Consejo, para que la Iunta se sirua de remediarlo, y mandar, que de aqui adelante no se admitan semejãtes disputas; y que la que ha de auer, solo sea, sobre si el delito es de los exceptuados, o no, que esto solo es lo que se deue disputar, y determinar en la Iũta (y hablando con el respeto que deuo) para lo que tiene la Iunta jurisdicion, como consta de la misma ley, §.8. in princ. ibi: *Y porque se podria alguna vez dudar, si es caso, o delito el que se ofreciere; cuyo conocimiento, o determinacion pertenezca a los Inquisidores, o a los juezes seglares*, a imitacion de lo que los Emperadores Honorio, y Teodosio auian estatuido en la ley vnica, C. de offic. Comitis sacri Patrimonij, sobre la determinacion de las competencias, y que lato calamo prosigue el señor Valençuela Velazquez cons. 200. tom. 2. à num. 26. Y no dixo la ley podria dudarse, si el Familiar cometio el delito, de que es acusado, ni hablò en concreto respeto del Familiar, sino en abstracto, respeto del delito. Desuerte que hemos de dezir lo q̃ el Consulto, sententia prædio datur, l. qui aliena 43. §. fin. ff, de negotijs gestis.

8 Deue pues tratarse, y disputarse aqui, si està prouado, que el delito es de los exceptuados, v.g. si se procede en vna causa de vna muerte, que se dize auerse cometido aleuosamente, se deue ajustar, que prouãça ay del modo, y calidad del delito, y si se cometio con aleuosia, y assechanças, o en pendencia casual, y trabada. Y si pareciere q̃ no huuo aleuosia, tẽga culpa, o no la tenga el Familiar, se ha de remitir su causa a los Inquisidores. Y de la misma forma, si huuo aleuosia,

sia,tenga culpa,ò no la tenga el Familiar, se ha de remitir la causa a la justicia ordinaria, y deue cessar la question de si està prouado plena, ò semiplenamẽte, q̃ el Familiar cometiesse el delito; porq̃ esta questiõ, como consta de los mismos textos, y de todos los Doctores q̃ la disputã, procede, y tiene lugar, quãdo concurren, y compiten dos juezes, q̃ ambos lo son, y tienen jurisdiciõ para conocer de aquel delito, y castigar al delinquente, que entonces el juez q̃ pretende inhibir al otro, y quitarle el conocimiẽto de la causa, deue prouar semiplenamente la calidad en que se funda; y en este caso hablò Auendaño de exequendis mandat 1.par.cap.22.nu.3. y Gãma en las dos decisiones 179. y 281. y su Adicionador Flores de Mena, y Riccio en la colectanèa 1792. in fin. par. 5. Farinac. cons. 76. per tot. & pleniùs consil. 168. tom. 2. à n. 8. & in tract. de immunitat. cap. 22. num. 374. Salgado, Narbona, y los demas, como se puede ver dellos mismos, y lo dixo elegantemẽte Valençuela Velazquez consil. 200. par. 2. num. 31. ibi: *Ideò certante vno Magistratu cum alio, super iurisdictionis exercitio, non cognoscit vnus ex eis, an sua sit iurisdictio, prout euenit, quando agitur cum priuato, sed adeundus est Princeps, vel iudices deputati ab eo super similibus controuersijs*, los mas de los Doctores hablã en competencias entre el juez Eclesiastico, y el seglar, y por esto pondrè yo el exẽplo, que puede ser muy ordinario entre dos juezes seglares, y en la persona de vn soldado, que el Cõsejo de Guerra es su juez legitimo y competente para conocer de quantos delitos huuiere cometido, latè & eleganter omnibus adductis Valençuela Velazquez, 2, par. cons. 200. à n. 33. cum multis seqq. aunque sea de resistencia, si la justicia ordinaria no trata de proceder en la causa, como puede en virtud de las cedulas Reales q̃ ay para ello: porque si tratare de proce-

 der,

der, tendrà necessidad de prouar la calidad de la resis-
tencia, y de que el soldado cometio el delito, siendo
la razon, que concurren dos juezes, el Consejo de
Guerra, que lo es ordinario y legitimo para conocer
de todos los delitos de los soldados, y la justicia ordi-
naria, que por razon de la calidad del delito preten-
de el vso de su jurisdicion, y sin este fundamento no
le tiene.

Esto no se puede adaptar a nuestro caso, y la com-
9 petencia con el Consejo de la Inquisicion, porque
no compiten dos juezes, sino vn juez cõ vn particu-
lar, que los Inquisidores en quãto a los delitos excep-
tuados, son como està dicho, lo mismo que particu-
lares, y no tienen jurisdicion alguna, ni pueden pro-
ceder en ellos, ni castigar a los delinquentes, aunque
la justicia ordinaria calle, y se lo quiera consentir ta-
cita, ò expressamente, pues solo el Rey puede dar ju-
risdicion al que no la tiene, con que salir los Inquisi-
dores a defender a vn Familiar en vn delito de los
exceptuados, y dezir, que el acusado no le cometio,
no es defensa de su jurisdicion, que en ningun caso
la pueden tener, y estan repelidos con solo dezirles,
quo ad te liberas ædes habeo, l. loci corpus, §. com-
petit, ff. si seruit. vendicet. sino defensa del mismo reo
en la causa principal, y ocasionar por lo menos, que
contra todo derecho, el processo de la justicia ordi-
naria se haga publico en sumario, con que el reo se
pueda preuenir, y desvanecer la prouança en el ple-
nario, sin otros inconuenientes que luego pondera-
rè: y aunque Narbona en esta ley, glos. 19. à num. 3.
hablando en nuestra misma question con los Inquisi-
dores, defiende la opinion contraria, fue engañan-
dose de todo punto, y pareciendole que los Inquisi-
dores podian por alguna causa proceder contra los
Familiares en los delitos exceptuados, como tratado
del

del delito de la alcuosia lo dixo expressamente en la glos. 12. num. 2. in fin. aunque sin razon, ni autoridad que no la puede auer para tal pēsamiento, y siguiendo este engaño cayò necessariamente en el segundo de la glos. 19. porque si los Inquisidores tuuieran jurisdicion para conocer de vn delito, era cōsequente, que el q̃ quisiesse quitarle su conocimiento prouasse la calidad, y fundamento de su intencion, siguiole Valençuela Velazquez latissimè & doctissimè, tom. 2. cons. 191. à num. 13. vsque ad fin. solo en quanto a dezir, que se deue prouar la calidad del delito, y que no baste la acusacion sola, consta del mismo nu. 13. y del num. 15. ibi: *Et quòd non sufficiat allegare qualitatem, nec titulum delicti.* Et num. 19. ibi: *Nam vbi oportet, quod aliquid constet non sufficit si allegetur.* Et nu. 22. ibi: *Quod qualitas tribuēs iurisdictionem debeat summariè constare.* Et num. 30. ibi: *Quòd non sufficit in libello allegare qualitatem tribuentem iurisdictionem, nisi detur eius informatio,* y no se hallarà que diga en todo el texto ser necessario que se prueue, que el Familiar cometio el delito, que es lo mismo que yo defiendo, y que solo se deue prouar y ajustar, si el delito es de los exceptuados, que es la calidad necessaria para que el juez ordinario pueda proceder, no si el Familiar es culpado, que esto no es requisito para la jurisdicion, sino para la justificacion, como luego dirè.

10 Desta resolucion se sacan dos cōclusiones, ambas de suma importancia. La primera, que en ajustādose que el delito es de los exceptuados en la ley, puede la justicia seglar proceder contra el Familiar, como si no lo fuera, y como lo dize la misma ley, como en las causas criminales de los otros legos, y que justamente podrà la justicia seglar proceder contra vn Familiar, y prenderle por qualquier indicio que aya contra el, y aun sin indicios, segun la opinion comun,

mun, que por el text. in cap. si clericus de sentent. ex. comun. in 6. y Menoch. de arbitr. quæst. 88. Salicet. y muchos sigue Baiard. ad Iul. Clar. quæst. 28. à num. 11. vsque ad num. 15. Y lo que es mas, que aunque se diga, que no puede el juez prender sin algun indicio, serà para dezir, que procede injustamente, y cõ falta de justicia; pero no con defecto de jurisdicion, y que su agrauio se aurà de reparar como el de los otros legos por via, y en grado de apelacion por el juez superior del que cometiere el agrauio, como lo deue hazer otro qualquier seglar preso injustamente por aquella misma causa, y a exemplo de lo que los mismos Familiares hazen en las causas ciuiles, que hasta oy no se ha oido, ni entendido, que si a vn Familiar le conuienẽ injustamente, como a heredero de otro sin serlo, ò si le mandan prender, ò arraygar por vna deuda, de que no consta, aya declinado jurisdicion: y por el cõsiguiente, que el Tribunal de la Inquisicion en los casos criminales exceptuados, y en las causas ciuiles, no puede ser admitido a formar competencia, porque no se puede formar, sino entre Tribunales, ò juezes que tengan jurisdicion, y el defecto della excluye notoriamente a los Inquisidores en los casos de que tratamos.

11 La segunda, que caso negado que se pudiera conceder en fauor de los Familiares, que para proceder el juez seglar contra ellos, y prenderlos en los casos exceptuados, era necessaria semiplena prouança, adhuc no auiendola, ni indicios, de ninguna suerte no se puede dar el auto, ò decreto, q̃ los Inquisidores pretenden, y deuen de auer obtenido alguna vez por falta de la defensa de la jurisdicion Real, q̃ es inhibir el juez seglar, y mandar, q̃ entregue el processo original a los Inquisidores, y no proceda mas en la causa, porque deste auto se siguen daños irreparables.

El

11 El primero que se reconoce por juez, y dà jurisdicion a quien de ninguna suerte lo es, ni la puede tener, como està dicho.

12 Y mucho menos para inhibir, que es acto de superioridad, vt per text. in l. Labeo 3. §. fin. & in l. nam Magistratus 4. vbi glossa, verbo, Imperio, ff. de recep. arbit. l. ille à quo, 13. §. tēpestiuū, vbi gl. ff. ad Trebel. Mandos. de inhibition. quæst. 8. Innocent. in cap. cū nobis de elect. gloss. 1. Abb. in c. cum causa, de offic. delegat. & Bart. in l. 1. §. his videtur in fin. & ibi Ias. ff. si quis ius dicenti nō obtemper. & alijs Sesse de inhibition. cap. 8. §. 4. à num. 30. Y en nuestro caso los Inquisidores no solo no son superiores, pero ni juezes: y en los casos que son juezes, lo son en virtud de la ley Real, y assi iguales con los ordinarios, con q̄ nunca les es licita la inhibicion.

13 El segundo, que aquel delinquente se quede exēpto de toda jurisdicion, y libre de todo juez que le pueda castigar: porque queda libre de la justicia Ordinaria, que en virtud de la inhibicion, no podrà proceder adelante en la causa, y queda libre de la jurisdicion de los Inquisidores, que solo la vsan, y han ampliado, para en quanto a inhibir y quitar la causa al juez seglar, y no para proceder al castigo del delito exceptuado, por el defecto notorio de jurisdicion, con que el reo viene a quedar sin juez en la tierra, contra todo derecho diuino y humano, cap. omnis anima, de censibus, Couarruu. capit. 1. practicar. num. 6.

14 El tercero, que por esta razon, estarà en mano del Familiar delinquente quedar sin castigo, en perjuyzio de tercero, y de la Republica, l. ita vulneratus, §. quod si quis ad l. Aquiliam, l. licitatio, §. quod illicitè, ff. de Public. Farinatio in praxi criminali, quæst. 17. num. 2. que dà la razon, porque conuiene a la Re-

publica, que los delitos no queden sin castigo. Quintiliano lib. 8. cap. 7. (ait) & si pœnas scælerum expetere fas non est, propè est vt scælera impunitá sint: porque como es indubitable, todos los delitos atrozes se procuran cometer ocultamente, y de forma q̃ su prouança sea casi imposible, Giurb. conf. 85. numer. 11. y por esta razon se contenta la ley con prouanças priuilegiadas, DD. in l. fin. C. de probat. Giurba dict. cap. 85. num. 11. & conf. 2. num. 46. Y tanto mas, quando el delito es mas graue y atroz, porque se espera menos el perdon y misericordia del, Ias. in l. de pupillo, §. si in pluribus, num. 6. ff. de nou. oper. nuntiat. Mascard. de probationibus, capit. 828. num. 5. Giurb. cõs. 47. num. 5. san Agustin in sermone Dominicæ Quartæ de Aduentu. Y sucede muy de ordinario, no auer en muchos dias rastro, e indicios de quien aya cometido el delito, y podràen este tiẽpo el Familiar presentarse en el Tribunal, que si se le permite dar la inhibitoria, y mandar lleuar los autos de la justicia Ordinaria, podrà ser les halle sin suficiẽte comprouacion de culpa, y que quite la causa al juez seglar, con que el reo vendrà a conseguir plenisima liberacion de su delito, y la sentencia mas absolutoria que puede, sin auerse fulminado contra el el processo, ni aun auerse començado la sumaria, cosa contra toda razon diuina y humana, y contra lo que tuuo la misma ley de exceptuar los casos atrozes, que por serlo, no quiso que los juzgassen los Inquisidores, que como Eclesiasticos, los auian de juzgar cõ misericordia y blandura, y los dexò en la jurisdicion Ordinaria, para que el juez seglar los castigasse con todo rigor.

15 Y vltimamente en esto no ay dar medio, porque o han de dezir los Inquisidores, que quieren conocer de los delitos exceptuados, y esto no parece posible,

por-

porq̃ lo resiste la lei,o hã de cõfessar q̃ toca su conocimiento, y castigo priuatiuamente al juez seglar: y en confessandolo , no se le pueden limitar a cierto tiempo señalado : ni, caso negado,que pudieran inhibir al seglar,para que mientras que no huuiere indicios no prenda,ni moleste al Familiar,no parece possible inhibille absolutamẽte, quitandole el processo y causa,y estorbandole que passe adelante , y proceda en ella,conforme a derecho,siempre que resultaren nueuos indicios,aunque como està aduertido, no pueden por defecto de jurisdicion entremeterse enla causa,ni dar la inhibiciõ limitada,ni se deue permitir,porque della resultarian muchos inconuenientes,particularmente con muchos juezes Ordinarios, q̃ se engañaran facilmente: y teniendo la inhibiciõ limitada por perpetua , no procederian mas en las causas.

16 Esto me ha sido forçoso representar para los casos que se pueden ofrecer, no para este,en que el delito està plenamente prouado, pues ay dos testigos contestes del entrego del papel,y vn testigo de vista instrumental, a quien don Gomez dio el papel de desafio,y que se lo entregò a don Francisco Gnillen del Aguila,y està el mismo papel , y comprouado por comparacion ser la letra de don Gomez,y està reconocido por el mismo ser el sello con que està sellado el de sus armas, y està la euidencia del hecho, con auer los Alcaldes aprehendido , y preso a don Gomez a la hora,y en el puesto señalado en el papel para el desafio.

17 Solo resta prouar q̃ el delito del desafio sea de los exceptuados en la ley,y en esto y en la grauedad del delito ha escrito el Licenciado don Iuã Perez de Lara,Fiscal de la Real Chancilleria de Granada vn papel tã docto y copioso de leyes y autoridades,q̃ apenas

nas

nas me dexara que dezir, pues no es razon que yo repita cosa de las que huuiere dicho, ni vsurpe lo que se deue a su ingenio y letras: y cō este presupuesto, por auerse remitido esta competencia en discordia, y cūplir con mi obligacion, dire, que a mi parecer es sin disputa, q̃ este delito està cōprehendido en muchos de los casos exceptuados en la ley.

18 Lo primero està comprehendido en la excepcion general, pues es cierto, sin q̃ se pueda negar q̃ los delitos exceptuados, y nōbrados particularmēte, no se pusierō por restriccion, sino por exemplo, como cōsta de la misma ley, ibi: *Y en otros delitos mayores que estos:* y en este caso todos los delitos que fueren mayores q̃ algunos de los exceptuados se deuen tener por expressados, como si lo estuuierā nōbradamēte. Reconociolo assi Narbona in d.l.20.gl.17.n.4.& 5. y q̃ el delito del desafio sea mayor que muchos de los expressados, no se puede negar, pues la grauedad, y mayoridad de los delitos, se deue regular por las penas que a los vnos, o a los otros tuuieren impuestas las leyes, que siēpre las imponen cōforme a su calidad, c. fœlicis, §. illud autem de pęnis, in 6. & adducens textum in l. pedius, ff. de incēdio, ruina, & naufragio, & in l. respiciendum. ff. de pęnis, & in l. sancimus, C. eodem, & in cap. non afferamus 24.q.1, Menoch de arbit. lib.1.q.90 n.38. elegāter Probus in addit. ad Ioā. Monach. in d.c. fœlicis, n.12. quòd pęna, & mensura culpæ, & quod paria videntur esse mensura, & mēsuratum, quia iustitia nihil aliud est, nisi æqualitas, c. cum quidam, de iure iurando, lib.6. Horatio hablando segun el derecho natural, lib.1. satir.3.

Adsit

Regula peccatis, quæ pœnas irroget æquas.

Et Mēchac. cōtrou. illustr. lib.1.c.12.n.3. latè Card. Thusc. verb. pęna, cōcl. 211. vbi n.15. cū Alex. & alijs, quod

quòd si ex statuto minuatur pœna grauiori delicto, debet minui delicto minori,& quòd hoc nõ procedit ex extẽsione legis,sed ex declaratione, quæ inest. porque fuera injusta la ley a no hazerlo assi, con q̃ viene este delicto a ser comprehendido especialmente en la generalidad de la ley. Pues el ser mayores las penas puestas al desafio, que a muchos de los dilictos expressados es tan notorio, que no necessita de comprouacion. El desafio por el santo Concilio de Trento ambos derechos Canonico, y del Reyno, solo por el conato, y obra de desafiar (aunque la contienda, o desafio no llegue a execucion, tiene pena de la vida) de perdimiento de todos los bienes, y de infamia, segun el Derecho Canonico, o de la nota de aleboso segun el derecho del Reyno, Conciliũ Tridentinum, sess. 25. de reformatione, in c. 19. vbi remissiones latissimo calamo, cap. 1. de cler. pugnan. in duelo, vbi Abb. & DD. l. 10. tit. 8. libr. 8. nouæ Recop. & ferè omnes, y entre los casos exceptuados son. El del robo de la muger, que no teniendo otra calidad mas, como la ley no la pide, la pena es arbitraria, y no viene a ser de muerte, vt cum Nicolao Boerio, decis. 316. num. 4. qui dicit hãc verã, & communem opinionẽ & Francis. Viuio communium opinionũ, verbo raptor honestæ, vbi dicit se vidisse in facti contingentia sic iudicatum, Ioan. de Anan. in cap. cum causam in fin. de raptoribus, & alijs multis Iulius Clar. libr. 5. sent. §. raptus, num. 4. El de robador publico, que para que tenga pena de muerte son necessarias otras circunstancias que piden la l. capitalium, §. grassatores, ff. de pœnis, la l. 18. tit. 14. p. 7. vbi latissimè Gregor. Lop. glos. 5. & agens de interpretatione text. in c. inter alia de inmunit. Eccles. eruditè Peguer. decis. 40. per tot. El dequebrantamiento de casa, que absolutamente hablando no tiene pena de muerte, notat

glos. in l. 1. §. expillatores, ff. de effractoribus, & ibi Bart. & cōmuniter DD. text. in l. fi. eodē tit. & in expresso, istam opinionem tenet Cepol. in auth. sed nouo iure, C. de seruis fug. num. 45. Bald. in l. si quis, non dicam rapere, C. de Episcop. & Cler. Cassan. in consuet. Burgūd. Rubr. 1. §. videndum, num. 61. no concurriendo el ser con armas, o con gente, y auer hurto, vt per text. in l. hi, qui, ff. ad l. Iul. de vi public. notat Cassan. vbi supra, & per text. in l. 18. tit. 14. part. 7. Ant. Gom. var. tom. 3. cap. 5. num. 12. El de la ressistencia, cuya pena tambien es arbitraria, sin q̄ se pueda imponer la de muerte, si en ella no concurren las circunstancias de la l. fin. tit. 22. lib. 8. nouæ Recop. y quando mas en todos estos delitos, la pena es solo de muerte por el delito consumado, y la del desafio es de muerte, de infamia, y de confiscacion de bienes, aunque el desafio no tenga efecto.

19 Lo segundo està cōprehendido en el crimē læsæ Maiestatis humanæ, que es exceptuado, pues es resolucion textual, y doctrina comun de todos los Doctores, que el que ofende a vn Magistrado Cōsejero del Principe, incurre en el crimem læsæ Maiestatis, in 1. cap. como quien ofende al mismo Principe, porque ofende a parte de su cuerpo, que por tal tiene el derecho al Cōsejero, text. elegans, in l. quisquis, C. ad l. Iul. Maiestatis, ibi: *Nam & ipsi, pars corporis nostri sunt*, y como tal por aquel texto con el §. filij verò siguiēte, incurre en pena de infamia perpetua, de muerte natural, y de perdimiento de todos sus bienes, & in specie, que ofender a vn juez respectu iurisdictionis, & officij, sit crimem læsæ Maiestatis, Paris de Puteo de Syndicatu, verbo iniuria oficialis, vers. An oficialis, Roland. à Valle, cons. 1. à num. 32. tom. 3. y lo que es mas conforme a este texto, incurre en este delito, y sus penas, no solo auiendole cometido, sino cō solo

solo

ſolo auerle imaginado: que del verbo, *cogitauerit* vſa el texto, y reconozco que eſte verbo ſe ha de entender conforme a derecho, ſegun el qual, cogitationis pœnam nemo patitur, l. cogitationis, ff. de pœnis, pero eſto ſegun el entendimiento de todos, es quando el penſamiento ſe quedò en puros terminos de penſamiento, ſin llegar a acto exterior de ſu execucion, que quando lo intentò aunque no conſiga el efecto ſe dà el delicto por conſumado, y el delinquẽte ſe juzga por perpetrador quanto a las penas, vt omnes per text. in l. ſi quis non dicam rapere, C. de Epiſcop. & Cler. y en nueſtros propios terminos, q̃ por ſolo deſafiar a vn juez ſe pueda imponer la pena ordinaria de muerte, Farin. conſ. 41. num. 1. y concuerdan con eſta ley, aunque limitandola en algo las de nueſtro Reyno 1. y 2. tit. 2. part. 7. y la l. primera, tit. 22. lib. 8. nouæ Recopil. que declarã por aleboſo, y condenan en pena de muerte, y perdimiento de todos ſus bienes, al que matare a algun Conſejero del Rey, o de ſus miniſtros ſuperiores, y pondero en eſta ley q̃ no dixo cayã, o incurrã en pena de alebe, ſino q̃ ſea por ello aleboſo, cõ q̃ eſtamos libres de la opiniõ de Bob. en ſu Politica, lib. 2. cap. 14. nu. 41. y de Narbona en la concordia, gloſ. 12. num. 12. que reſpondiendo a la l. 10. tit. 8. lib. 8. nouæ Recop. dizen que vna coſa es ſer tal, y otra ſer tenido por tal, y incurrir en pena de tal, pues nueſtra ley, dice, que ſea aleboſo, las palabras de Narbona ſon las que yo puedo mejor ponderar en mi fauor, *dict. num.* 12. ibi. *Nam ibi non dicitur ſe adinuicem diſidantes, proditores vel aleboſos eſſe, ſed eos potius plectendos pœna aleboſiæ, hac enim inter ſe longe diferunt, aleboſum ſeu proditorem aliquem eſſe, vel pœna aleboſiæ plecti*, y quedaremos tambien libres de la doctrina del miſmo Narbona, dict. l. 20. gloſ. 12. num. 13. donde ſiguiendo ſu opinion,

nion,dize,que el Familiar del ſanto Oficio, que deſa fia no ſerà aleboſo,ni perderà el priuilegio del fuero,porque fuera de ſer peligroſa por lo que eſtà dicho,num. L8 habla Narbona,reſpecto de la aleboſia,y en deſafio particular,ſin calidad, ni circunſtãcia,y en que la l. ſolo dixo, caya en pena de alebe como ſe conoce en toda la diſputa de aquella gloſ.y en el miſmo ſentido hablò don Franciſco Carraſco cap.3.§.4.num.2.& 3.donde dixo,que el que mata a otro en deſafio deue gozar de la inmunidad Ecleſiaſtica(que es caſo muy diuerſo) pero no hablò en el deſafio hecho a Conſejero,y miniſtro de ſu Mageſtad,que tiene calidad,y circunſtancia tan extraordinaria,como nunca viſta, y que viendoſe avn apenas ſe puede creer,con que no pudo Narbona imaginarla,ni preuenirla,y es tan grande que ſe puede dezir, que muda la naturaleza del delicto, y le haze de otra eſpecie,como eſtà dicho,y por eſto la ley muda la pena,y le declara por alebe,y en nueſtros propios terminos tratãdo de muerte,o herida a miniſtro de ſu Mageſtad,y poniendo el exemplo en los de las Chancillerias,dixo que es crimen læſæ Maieſtatis dõ Frãciſco Carraſco,cap.3.§.4.num.7.trayendo a Parlador.lib.3.dif.310.Olan.incõcordantijs Antinomiarum,num.127.Azeb.in dict.l.1.num.3, Y añade en el num.8.que la deciſion de la l.quiſquis, no quedò corregida por nueſtras leyes,cum legũ correctio vitanda ſit,l.præcipimus,in fin. C. de appellationib.l. ſi quando,C.de inoffi.teſtam.cum vulgatis.

20 Dixe,que nueſtras leyes del Reyno limitan a la l. quiſquis,porque para eſtas penas requiere la muerte del Conſejero,o miniſtro del Rey, como ſe conoce della miſma,pues en caſo de herirle,o prenderle, ſolo le pone pena de muerte, y perdimiento de la mitad de los bienes,pero ſiguela expreſſamente,en quã

to

to a calificar por delicto de crimen læsæ Maiestatis humanæ, el cometido contra las justicias, assi en las razones que expressa, y en que se funda, como por las penas que impone, pues de otra suerte no pudiera corresponder a vna herida casual de poca consideracion la pena de muerte, y de perdimiento de la mitad de los bienes para la Camara, y no la corrige en quanto a dar por crimen læsæ Maiestatis humanæ la maquinacion de muerte contra el ministro, o Cõsejero, como lo dixo don Francisco Carrasco, y siendo assi, q̃ no puede ser mayor, ni mas declarada que la del desafio, y que oy no se trata de la pena que ha de corresponder al delito que cometiò don Gomez, sino de ajustar si es, o no de los exceptuados, parece que no se puede negar, y que tiene lugar la regla de la l. cum quædam puella, §. fin. ff. de iurisd. om. iud. que exorta el señor Valençuela, 2. part. cons. 191. num. 25.

21 Lo tercero esta comprehẽdido este delito cometido con las circunstancias de nuestro caso en el de la aleuosia, esto lo prueuan expressamente la l. quisquis, §. 1. C. ad l. Iul. Maiest. y la l. 1. iũcta l. 2. tit. 2. p. 7. la l. 1. tit. 22. lib. 8. nouæ Recop. que ambas declaran por aleuoso al que maquina la muerte del Consejero, o ministro del Rey, y aunque la ley del Reyno, como està dicho para esta pena requiera que se siga la muerte de ministro, habla en caso, q̃ la muerte, o pendencia fue casual, y con esto dexò en su fuerça, y vigor la decision de la l. quisquis, que castiga la maquinacion, y caso pensado, como queda notado supra n. 19 el qual no se puede dar mayor que en vn desafio, pues el intento que con el se lleua es de matar al enemigo desafiado, y juntandose los dos capitulos, o decisiones destas leyes del Codigo, y del Reyno, a imitacion del que dixo el Consulto en la l. Gal-

lus, §. ille casus ibi, duobus quasi capitibus legis comixtis, ff. de liber. & posthum. se deue dar el delicto por perfecto, y consumado, y en nuestros propios terminos, que el ofender a los ministros superiores, poniendo el exemplo en los de las Chancillerias, aunq̃ no preceda muerte, ni herida sea aleuosia, lo dixo *don Francisco Carrasco, dict. cap. 3. § 4. numer. 8.* ibi: *Itaq; si mors, vel vulnus, vel manus iniectio interueniat, contra Regios Consiliarios, Auditores Cancellariarum, vel Procuratorem, Fiscalem, vel Alguacelum maiorem, qui omnes sunt de gremio Regalis Audientiæ, crimen aleuosiæ comittitur, ex dict. l. 1. tit. 22. lib. 8.* Y siendo deste parecer don Francisco Carrasco, lo fue tambien de que era crimem læsæ Maiestatis. Y añadiò luego, dict. num. 8. *Imò esse crimem læsæ Maiestatis offẽdere quemlibet ex superioribus Magistratibus, & aduersus eum delinquere, cum legum crrrectio euitanda sit*, y no pudo don Francisco Carrasco dar mas expressamente por crimen læsæ Maiestatis, y por aleuosia, qualquiera injuria cometida contra los ministros, que vsando de las palabras que vsò, *offendere quemlibet ex superioribus Magistratibus, & aduersus eum delinquere*, con que no teniamos necessidad en nuestra caso de que el delicto fuesse tan grande, como es.

22 Lo quarto, està comprehendido este delicto en el exceptuado de la resistencia, pues es cierto, que la resistencia, no solo se comete, in ipso actu, & exercitio iurisdictionis, sino etiam post actum executum siẽdo la razon que la juridiciõ no se dà, ni se ha de exercer en solo vn acto, sino generalmente, y en todos los que se puedẽ ofrecer, y que ya que la resistẽcia no impida el acto ya consumado, con cuya ocasion se hizo, impide otros actos futuros, porque las justicias y ministros inferiores con vna pendencia, o amena

za

za por vn acto passado se amedrentan, y acobardan para exercer su oficio en los casos futuros: & in terminis que sea lo mismo hazerse la injuria, ex interuallo, que in ipso actu, aunque el interuallo sea tãto q̃ aya dexado el oficio, como se haga ratione officij, glos. in §. illud, verbo, mortis in authentico, vt iudices sine quoquo suffragio, collatione 2. Tiraquell. de nobilitate, c. 28. num. 7. latissimè Iacob. Menoch. de arbitr. centuria 3. casu 263. per totum, & Farinac. quæst. 17. à num. 38. & Bobadill. in Polit. lib. 5. cap. 1. à num. 50. cum sequentib. y assi lo declarò la Iunta pocos años ha, que auiendo preso vnos Alguaziles de Corte a vn soldado de la Guarda, lo siguierõ otros soldados, y los acuchillaron al tiempo que boluian de dexar el preso en la carcel: y auiendo preso a algunos destos, declinaron jurisdicion, y la Iunta los remitiò a la Sala de Alcaldes. Y estos dias a don Antonio de Cordoua, Cauallero de la Orden de Alcantara, por auer ofendido a vn Ministro de vn juez de residencia, despues de auerla tomado: calificando con esto aq̃llos delitos, por de resistẽcia, como lo fuerõ.

22 Don Gomez de Montaluo desafiò a don Francisco Guillen del Aguila, por razon de su oficio, y de vna comission que exercia por mandado de su Magestad, para tomar los cauallos necessarios para su Real seruicio, y para su exercito: y por auerle quitado dos de su coche, con que ya que no le resistiò el tomarle sus cauallos, resistiò y puso impedimento en tomar otros, pues con tã mal exẽplo le podian tomar otros Caualleros, para tratar de vengarse: y podia don Frãcisco temer disgustos y pesadumbres, a no tenerse las obligaciones que se tiene a si mismo, por quien es, y a no ser tan zeloso, como es del seruicio de su Magestad. Y si dixere dõ Gomez, que el desafio no fue por auerle quitado los cauallos, sino por auerlos vẽdido

des-

despues a diferentẽ persona, tiene esto facilissima respuesta; porque a don Gomez solo le puede tocar la quexa y agrauio de auerle quitado los cauallos, y auiendoselos quitado, y hechose por esta compra de su Magestad el sindicar despues a don Francisco, si los pudo vender ò no, y si fue bien, ò mal hecho el vendellos, toca solo a su Magestad cuyos eran, y no a don Gomez, con que precisamente viene a auerse cometido el delito por causa del oficio, y a ser resistencia.

23 Lo vltimo, caso negado que todo lo dicho cessara, es indubitable, que està comprehendido en la excepcion del desacato calificado; porque no se puede negar ser el desacato mayor, que es possible caer en pensamiento humano, sino se dize, que es delito tan graue, que excede todos los limites de desacato, y que por esto no se deue juzgar por desacato, y esto seria contra todas las leyes del derecho, porque ex minoritate rationis suelen cessar sus disposiciones; pero no ex rationis maioritate. El desacato contra el juez se comete con obras, y con palabras; con obras, como si vn particular no quitasse a vn juez el sombrero, que fue el caso que sucedio en la Real Chancilleria de Granada, pocos años ha: con palabras, si le dixesse, que es vn ignorante, ò otras semejantes, que es el caso que pone Narbona dict.l.20.glos.18.n.8. y el que sucedio en Valladolid contra don Bernardino Hurtado, vezino de Alcala, y que el Consejo de la santa y General Inquisicion le remitio a la Chancilleria, sin formar competencia, reconociendo ser de los casos exceptuados. En el delito de desafiar cõcurren ambos generos de desacato cõ la mayor circunstancia de grauedad que se puede dar; porque cõ este hecho se pone al desafiado en ocasion, q̃ en qualquiera parte que escoja, apenas puede quedar bien, y sin algun

gun genero, denota por lo menos con el vulgo; porque en esto no ay dar medio; Que ò el desafiado aceta el desafio, ò no le aceta; sino le aceta, incurre por lo menos, como he dicho, con el vulgo la nota de cobardia, y de faltar a las obligaciones de sus mayores, y heredadas por su sangre, que ponderò bien la *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 8. *nouæ Recopil.* ibi: *Y tan grande fue la su mala ventura, que non huuo verguença de Dios, ni de Nos, ni rezelo de deshonra de si mismo, ni de su linage, ni de su tierra, ni se vino a defender*, siendo la razon desto, que las leyes del Reyno, q̃ permitian los desafios entre los hijosdalgo, era cõ calidad, que la causa de injuria tocasse en traicion, ò aleuosia, *l.* 3. *tit.* 3. *par.* 7. ibi: *E sobre todo dezimos, que no pueden fazer riepto, si non sobre cosa, ò fecho en que caya traicion, ò aleue, l.* 2. & 3. *tit.* 8. *lib.* 8. *nouæ Recop.* y por esto con solo desafiar vn Cauallero a otro, le dize implicita y necessariamente, que es traidor, ò aleuoso, y la dicha ley 3. tit. 3. par. 7. que para que vn Hijodalgo pueda tomar satisfacion de la injuria que otro le huuiere hecho, requiere precisamente, que primero le aya desafiado, boluiendole con esto la fee de amistad que se auian dado, conforme a la ley del fuero 1. tit. 21. lib. 4. fori, y la ley 1. tit. 8. lib. 8. nouæ Recopil. prosigue y manda, que quando vn Hijodalgo desafiare a otro, porque sin auerle desafiado a el le hizo alguna de las injurias señaladas, le llame aleuoso, vt patet ibi: *Puede el dezir que es aleuoso porende*, y la traicion consiste en solo auer ofendido, ò herido al que se confiaua del, sin auerle desafiado primero, como lo dixo elegantemẽte Guido Papæ decis. 191. num. 5. siguiendo la opiniõ de Baldo in l. item nulla, 5. notabil. C de Episcop. & Cleric. donde dixo, que vn Christiano no deue ofender a otro Christiano, sino es que primero le huuiere desafiado, ò tuuiere autoridad del juez, ò del derecho para ello: melior tex-

rus in l.4.tit.3.par.7.donde poniendose la forma del riepto, dize las palabras que ha de dezir el q̃ desafia, y ha de responder el desafiado, ibi: *Señor F. Cauallero que està aqui, ante vos fizo tal traicion, ò tal aleue, è deuele dezir qual fue, è como lo fizo, è digo, que es traidor por ello, ò aleuoso.* Et ibi: *E el reptado deuele luego responder cada que dixesse traidor, o aleuoso, que miente, è esta respuesta deue fazer, porque le faze el peor denuesto que puede ser*, y por esta nota en que incurre el desafiado, miẽtras no se libra del desafio, no puede desafiar a otro, l.2.tit.3. par.7.propè finem, que aunque todas estas leyes esten reuocadas por la ley 10.tit.8.lib.8. nouæ Recopil. y anuladas por el santo Concilio de Trento, dict. cap.19.sess.25.de reformat. siempre dura su razon, y por esto se pueden alegar, como en nuestros propios terminos, adducens glos. & Manoch. in cap. potuit de iudic.& glos.in cap.1.de constit.& glos.& Bart.in l.1. ff.de coniug. cum emancip. libert. eius, & Felin.in cap.fraternitatis de hæret. lo dize D. Frãcisco Carrasc.dict.cap.3.§ 6.num.10.

24 Bien reconocio esto la Magestad del inuicto Emperador Carlos Quinto nuestro señor, quãdo siendo desafiado por el Rey Francisco de Francia, sin reparar en que no tenia obligacion de acetalle por todas leyes ciuiles y militares, por la dignidad suprema de su persona, y porque el Rey Francisco no era capaz de desafiar, como prisionero del mismo Emperador, y que no auia cumplido lo capitulado, con que siempre estaua debaxo de la fee de su prisionero, y se juzgaua serlo: y auiendolo resuelto assi el Consejo, los Grandes de España, y los Varones militares, como lo refiere Gil Gonçalez de Auila en el Teatro de las grãdezas de Madrid, lib.4.del origen de los Consejos en el principio, fol.338. y q̃ el Emperador le auia desafiado primero, porque le faltò à lo capitulado en Madrid,

drid, como lo dize Fr. Prudencio de Sandoual en la historia del Emperador, 1. par. año 1528. fol. 755. donde pone a la letra la carta que en esta razon escriuio el señor Emperador al Embaxador de Francia à 18. de Março de 528. y que el Rey Francisco no lo auia acetado, con que no podia desafiar, segun la ley de la partida citada, antepuso al parecer, y resoluciõ de todos sus Consejeros su propia estimacion, y queriendo tener la que merecian su espiritu soberano, y sus manos.

Nam genus & proauos, & quæ non fecimus ipsi
Vix ea nostra voco.

Y acetò el desafio señalando tiempo y campo, como lo dize el mismo Fr. Prudencio de Sandoual, dict. 1. par. fol. 764. con que realçò mas la gloria inmortal de su nombre, y declarò, q̃ por si mismo tenia la mayor parte en la reputacion nunca vista en el mundo de sus vitoriosas armas, y dexò burlado al Rey Francisco, que propuso el desafio de falso; y pareciẽdole, que la Magestad del Emperador no le auia de acetar, por las muchas escusas legitimas que tenia, y que con esto auia de quedar la causa dudosa y disputable en el mundo, cuyos fueros no se ajustan a las leyes diuinas, tanto como yo reconozco que fuera justo. Lo mismo sucedio à Aldano Rey de Sueuia, el qual auiendo sido desafiado por Sinualdo, y asegurãdole todos, que su dignidad Real no estaua sujeta à desafio de hombre que no era Rey, le parecio que era cosa vergonçosa valerse de la dignidad y oficio; *detracta re verecundum quidem erat, & si iniqua conditio proponeretur, quòd Rex inferioris ordinis viro occurreret*; y a Hadingo Rey de Dinamarca, que desafiandole Toson, pudiendo reusar el duelo, no quiso, porque juzgò que era deshonor el euitar las armas de qualquiera: *recusare Rex poterat propter imparitatem*

tatem conditionis, sed indecorum sibi ratus cuiusquam arma vitare, descendit in campum, como lo refiere Francisco Modio in Pandect. trium, tom. 2. lib. 3. cap. 59. y por esto aũque por los Derechos, Diuino, Canonico, y del Reino estan prohibidos los desafios, parece, que en los ojos de los que no miden las cosas con el ajustamiento de la ley de Christo, y propia conciẽcia, y de las leyes humanas, que otros q̃ las saben, y temen, queda con nota el que siendo desafiado, no le acetò. Y esto puede tener mayor duda en los Caualleros de la Ordẽ de Santiago, por sus estatutos particulares.

25 Si se acetò el desafio, como en nuestro caso, temo yo, que don Francisco le queria acetar por lo mucho que conozco delas obligaciones de su sangre, y delo vizarro de su espiritu, y se puede temer de lo mucho que callò, y tratò de encubrir el papel, hasta que los dos señores Oidores embiados por el acuerdo de la Real Chancilleria, se le sacaron del pecho, cayera en la mayor nota que se puede pensar: porque los desafios en todas las Prouincias politicas de Europa, y Assia, fueron siempre prohibidos. Y si permitidos cõ causas (q̃ tuuieron por legitimas) en Italia se reduxeron a quatro, o seis, segun la glossa del cap. vnico de pace tenen. & eius violat. in vsibus feud. verb. per duellũ: en Francia a tres, y con precisa necessidad, de que el delito, q̃ se imputaua, se huuiesse cometido ocultamẽte, y con traicion, y que fuesse de calidad, que por el se huuiesse de imponer pena de muerte, Guid. Papæ decis. 617. En Sicilia a dos, segun Puteo libr. 6. de re milit. Y en nuestra España a las personales, que contuuiessen traicion, o aleuosia, d. l. 3. tit. 3. part. 7. Y solo de Fronton, Rey de Dinamarca, escriue Saxo lib. 5 histor. Dan. que hizo ley, para que qualquier litigio se decidiesse por las armas, que como tan dura se obseruò muy poco.

Esta

26 Esta excepcion de casos (que mas propiamẽte fue abuso contra el derecho diuino, y de las gentes) porq̃ aunque de derecho diuino no estè prohibido el desafio, lo està el homicidio, vt in præcepto 5. Decalogi: y assi es fuerça que lo estè qualquier causa proxima del dicho delito, segun reglas del derecho, cap. cum quid, de regul. iur. in 6. l. oratio, ff. de sponsal. fuera de que en el duelo se tienta a Dios cõtra el precepto del Deuteronomio. Y la misma razon corre en el Derecho ciuil, que no se que aya ley que hable propiamẽte del desafio, ni le prohiba; pero tampoco la ay, que le permita, como elegantemente lo notò Rebuffo in l. negantes, C. de action. & obligat. & in l. vnica, C. de gladiator, y Martin del Rio en la misma ley vnica. Y ay muchas que prohiben, y castigan los homicidios: y por el consiguiente los actos proximos, que miran a ellos.

27 Quitòse pues, y abrogòse este abuso del desafio por todos Derechos. Por derecho Canonico consta de infinitos titulos, y textos contra vsum duelli, vt in cap. vnico de Cleric. pug. in duell. & de purgat. vulg. cap. monomachiam 2. q. 4. Y aora nueuamente por el santo Concilio Tridentino sess. 25. de reformat. cap. 19. y por Bulas de los Pontifices Pio Quarto, Gregorio Decimotercio, y Clemente Octauo. Y por Derecho de nuestro Reyno por la ley fin. tit. 9. lib. 4. ordin. l. 10. tit. 8. lib. 8. Recopil. que como queda dicho sup. num. 18 ponen pena de muerte, de perdimiẽto de bienes, y de aleuosia a los que en qualquier manera cometẽ este delito; y incurriera en ellas don Francisco Guillen del Aguila solo con acetarle: y aũ mirandolo, segun las leyes mas antiguas del Reyno, que con las calidades dichas permitian los desafios, incurriera don Francisco en la pena, y nota de la ley 9. tit. 8. lib. 8. nouæ Recopil. que pone las mismas pe-

nas del que desafia al que aceta, no siendo por el modo, y por las causas expressadas enlas leyes, las quales faltauan en nuestro caso: porque aunque la ley 8. del mismo titulo señala algunas causas particulares, en que vn hijodalgo puede desafiar a otro, las limitò en el ministro, ibi: *Saluo si el que esto fiziere, fuere nuestro Merino, o otro Oficial, que aya, y tenga justicia, y poder para lo hazer*: que a los Ministros siempre los juzgaron las leyes tan desobligados de acetar desafios, que la ley 1. tit. 22. lib. 8. nouæ Recopil. en el fin castiga al Ministro que aceptò desafio, como a quien comete pelea: cō que le muda la ley la especie del delito; porque las leyes del duelo no comprehēden a vn Gouernador, y Magistrado. Sintiòlo Mucio Iustinopolitano de duell. lib. 3. cap. 8. & lib. 2. resp. 5. y elegantemente Alciato de singular. certamin. cap. 31. his verbis: *Vacationem certandi, & hi habent, qui propter magnos honores in obseruatione subditorum esse debent, quales sunt Consul, Præfectus, Prætor, Proconsul, & cæteri Magistratus, qui imperium, & coertionem habent, & iubere in carcerem duci possunt: quorum exemplo nostra tempestate potestates vrbium non prouocabuntur*; y porq̄ el juez no deue desamparar su oficio, vt in l. 3. ad leg. Iul. maiest. ni pueden espontaneamente dexar el ministerio, de que se han recomendado, arg. cap. dudū, §. nos ergo, de prębend. in 6. ni las causas de los subditos deuen, ni pueden remitir, ni sustituir en otros, segū aquello del Profeta: *Ne des alienis honorem tuū*, 1. q. 1. ecce. Y lo que dixo S. Pablo ad Corinth. 9. *Bonum est mihi magis mori, quàm vt gloriam meam quis euacuet*. Y si acaso en alguna ocasion descompuestamente se le dixere a vn juez, que no se atienda a que lo es, y dexe la vara, o insignia de su oficio, serà castigado el que le ofendiere, conforme a la dignidad del tal ministro, porque no pudo desnudarse della. Y assi

co-

como no puede vn Capitan desamparar su exercito, por acudir a vn desafio, segũ Paris de Puteo, auth. vt diuinæ iussiones, collat. 8. Assi tambien no podrà vn Gouernador dexar a su Republica, donde exerce otro genero de milicia.

28 Incurrira tãbien en la nota de perjuro, y su pena; pues como es notorio, los Ministros de las Chãcillerias juran cada año de guardar las leyes del Reyno: el qual juramento se entiende, no solo passiuè, guardandolas, sino tambien actiuè, q̃ es haziendolas guardar, y castigando a sus transgressores. Y no se compadeceria, que el que tiene obligaciõ de hazer guardar las leyes, sea el que contrauiniendo a su juramento, las quebrante. Y vltimamẽte cayera, no solamẽte en nota de liuiandad, sino casi de locura el Ministro de su Magestad, que oluidado de su principal instituto, y obligacion, y de la que tiene por la professiõ de Catolico, y de Ministro a solo tratar de seruirle, y guardar sus leyes, lo oluidara, y renunciara todo por sola la vana ostentacion, y vanagloria de prouar, si es mas valiente, que el que le desafia.

29 Todo lo dicho parece tan euidente, que puede excusar la question de si don Gomez de Montaluo y Figueroa tiene las calidades necessarias por la misma ley del Reino, para poder gozar del priuilegio de Familiar en los casos ordinarios, no exceptuados. Y assi espero se ha de declarar, q̃ pertenece el conocimiento desta causa al Consejo, y justicia ordinaria. S. in omn. D. V. D. C.

como no puede vn Capitan desamparar su exercito, por acudir a vn desafio, segũ Paris de Puteo, auth. vediatur iussiones, collat. 8. Assi tambien no podrá vn Gouernador dexar a su Republica, donde exerce otro genero de milicia.

18 Incurrira tãbien en la nota de perjuro, y su pena, pues como es notorio, los Ministros de las Chãcillerias juran cada año de guardar las leyes del Reyno: el qual juramento se entiende, no solo passiuè, guardandolas, sino tambien actiuè, q̃ es haziendolas guardar, y castigando a sus transgressores. Y no se compadeceria, que el que tiene obligaciõ de hazer guardar las leyes, sea el que contrauiniendo a su juramento, las quebrante. Y vltimamẽte cayera, no solamẽte en nota de liuiandad, sino casi de locura el Ministro de su Magestad, que oluidado de su principal instituto, y obligacion, y de la que tiene por la profession de Catolico, y de Ministro a solo tratar de seruirle, y guardar sus leyes, lo oluidara, y renunciara todo por sola la vana ostentacion, y vanagloria de prouar, si es tan valiente, que el que le desafia.

Todo lo dicho parece tan euidente, que puede excusar la question de si don Gomez de Montaluo y Figueroa tiene las calidades necessarias por la misma ley del Reyno, para poder gozar del priuilegio de Parientes [illegible], no exceptuados. Y assi [illegible] dexo de declarar, q̃ pertenece al conocimiento [illegible] y justicia [illegible]. S. in [illegible]

E. V. Fr. C.